



Kass.-Nr. AA080188/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 19. April 2010

in Sachen

Y. AG (vormals X. AG),

Beklagte, Widerklägerin, Appellantin, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.,

Kläger, Widerbeklagter, Appellat, Rekurrent und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. November 2008 (LA080006/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. In der vorliegenden Sache fand bereits ein Beschwerdeverfahren statt. Im Erledigungsbeschluss vom 18. Juli 2006 hielt das Kassationsgericht einleitend fest (OG act. 143 [Kass.-Nr. AA050141, Beschluss vom 18. Juli 2006] S. 2 - 4 Erw. I.1 - 3):

1.1. Der Beschwerdegegner war seit 1981 in leitender Position Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerinnen, seit 1986 als Mitglied der Geschäftsleitung, seit 1988 als Direktor. Die X. AG wie auch ihre Rechtsvorgängerinnen und weitere involvierte Gesellschaften auf Seiten der X.-Holding AG werden im Folgenden einheitlich als Beschwerdeführerin bezeichnet, da die Unterschiede für die vorliegende Beschwerde ohne Bedeutung sind.

Am 29. September 1989 wurde die A. AG gegründet. Vom Aktienkapital dieser Gesellschaft von Fr. 100'000.-- zeichnete und liberierte der Beschwerdegegner 23 %. Dabei trat er nicht in seinem eigenen Namen auf, sondern eine andere Person handelte für ihn. Weitere Aktionäre waren u.a. B., der ebenfalls ein Angestellter der Beschwerdeführerin und der Stellvertreter des Beschwerdegegners war, und C., CEO und Verwaltungsratsdelegierter der belgischen Gesellschaft D.

Im März 1990 schloss die D. mit der A. AG einen Alleinvertriebsvertrag für die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein ab. In den folgenden Jahren wurden zwischen der Beschwerdeführerin und der A. AG verschiedene Geschäfte getätigt. In zwei Fällen kaufte die Beschwerdeführerin von der A. AG Geräte (EFT/POS-Terminals und CASH-Terminals), welche von der D. hergestellt worden waren. 1997 verkaufte die Beschwerdeführerin der A. AG Geräte (von denen, welche sie im Jahre 1994 gekauft hatte) und das damit geführte Terminalvermietungs-geschäft. Im Jahre 1992 schlossen die Beschwerdeführerin und die A. AG einen Vertrag betreffend eine gemeinsame, von der Beschwerdeführerin

betriebene Zentrale für Fragen von Vertragspartnern im Zusammenhang mit EFT/POS-Geräten ("Helpdesk"). Die A. AG kündigte diesen Vertrag auf Ende 1993. Gleichwohl betrieb die Beschwerdeführerin das Helpdesk weiter, ohne der A. AG vor dem Jahr 2000 Rechnung für die für die A. AG erbrachten Dienstleistungen zu stellen.

Im März 2000 löste die Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdegegner fristlos auf. Sie machte geltend, erst in den Monaten vor dieser Entlassung von der (zwischenzeitlich veräusserten) Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG erfahren zu haben. Die A. AG sei durch den Beschwerdegegner nur gegründet worden, um sich mittels eines Zwischenhandels zwischen der D. und der Beschwerdeführerin auf deren Kosten zu bereichern. Der Beschwerdegegner habe als ihr Arbeitnehmer statt in ihrem Interesse in demjenigen der A. AG (und damit seinem eigenen) gehandelt und ihr dadurch Schaden (in der Höhe von Fr. 17 Mio.) zugefügt, um sich selber zu bereichern, insbesondere indem er namens der Beschwerdeführerin für diese unvorteilhafte Geschäfte mit der A. AG abgeschlossen habe.

Der Beschwerdegegner bestritt die Behauptungen der Beschwerdeführerin. Er habe die operative Umsetzung der Verwaltungsrats-Entscheidung der Beschwerdeführerin vollumfänglich in deren Interesse und nicht in seinem eigenen vorgenommen. Zwar habe er seine latente (theoretische) Interessenkollision und die Frage des Ausstandes nicht offen gelegt. Er fühle sich jedoch subjektiv nicht befangen. Auch aus objektiver Sicht fehle es an Befangenheit. Die D. habe auf ausdrücklichen Wunsch der Beschwerdeführerin eine schweizerische Niederlassung, nämlich die A. AG, gegründet.

1.2. Mit Eingabe vom 10. Mai 2000 reichte der Beschwerdegegner beim Arbeitsgericht Zürich (AG) eine Klage gegen die Beschwerdeführerin ein. Diese sei zu verpflichten, ihm einen unbestimmten, nach Durchführung des Beweisverfahrens noch zu beziffernden, mindestens aber Fr. 500'000.-- erreichenden Betrag zu bezahlen. Die fristlose Entlassung sei ungerechtfertigt gewesen. Die Forderung umfasste Lohn, 13. Monatslohn, Beitrag an eine Hypothek, Beitrag zur Aufstockung der Pensionskasse, Boni, Entschädigung für ungerechtfertigte frist-

lose Entlassung, Kostenbeitrag an einen PW BMW und Schadenersatz für Entzug der Möglichkeit der vorzeitigen Pensionierung. An der Hauptverhandlung vom 19. Juni 2000 bestritt die Beschwerdeführerin die Klage vollumfänglich und erhob Widerklage mit dem Antrag, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, ihr eine Entschädigung zu bezahlen, deren Höhe nach der Durchführung des Beweisverfahrens definitiv zu bestimmen sei, jedoch den Betrag von 10 Millionen Franken übersteige. Dabei handle es sich um (Teil-)Schaden aus den vorstehend in Ziff. 1.1 aufgeführten vier Geschäften der Beschwerdeführerin mit der A. AG.

1.3. Mit Urteil vom 2. Juli 2004 verpflichtete das Arbeitsgericht die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner Fr. 497'314.-- und der beruflichen Vorsorgeeinrichtung des Beschwerdegegners Fr. 24'000.--, je zuzüglich Zins, zu bezahlen. Die Widerklage der Beschwerdeführerin wies das Arbeitsgericht ab. Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin eine Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich. Mit Beschluss vom 16. Juni 2005 nahm dieses davon Vormerk, dass die erstinstanzliche Abweisung der Entschädigungsforderung des Beschwerdegegners mit Bezug auf die vorzeitige Pensionierung und den Unterhalt des PW BMW in Rechtskraft erwachsen ist, hob im Übrigen das arbeitsgerichtliche Urteil auf und wies das Verfahren an die Erstinstanz zurück zur Durchführung eines ergänzenden Beweisverfahrens und zur Neuentscheidung.

2. Die Beschwerdeführerin firmiert mittlerweile als Y. AG (KG act. 1 S. 2 Ziff. I.1., act. 3/1), die X.-Holding AG als X. Holding AG (Internetauskunft des Handelsregisteramts des Kantons Zürich). An der Parteibezeichnung als Beschwerdeführerin ändert sich dadurch nichts.

3. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 16. Juni 2005 erhob die Beschwerdeführerin Nichtigkeitsbeschwerde. Mit Beschluss vom 18. Juli 2006 wies das Kassationsgericht diese Beschwerde ab, soweit darauf eingetreten werden konnte (OG act. 143). In der Folge führte das Arbeitsgericht ein zusätzliches Beweisverfahren durch (AG act. 146A ff., Prot. S. 214 ff.) und erliess am 5. Februar 2008 ein im Ergebnis in der Hauptsache gleiches Urteil wie bereits am 2. Juli 2004 (OG act. 183). Auch dagegen erklärte die Beschwerdeführerin eine Berufung an das Obergericht mit den Anträgen, die Klage sei abzuweisen und der

Beschwerdegegner sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Fr. 10 Mio. zu bezahlen (OG act. 184). Der Beschwerdegegner seinerseits reichte beim Obergericht einen Rekurs ein mit dem Antrag, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihm eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 338'545.10 (anstelle der ihm arbeitsgerichtlich zugesprochenen Prozessentschädigung von Fr. 200'000.-- [OG act. 183 S. 36 Ziff. 7]) zu bezahlen (OG act. 189/2). Mit Urteil vom 7. November 2008 verpflichtete das Obergericht (I. Zivilkammer) die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner Fr. 497'314.-- und auf sein Freizügigkeitskonto Fr. 24'000.--, je zuzüglich Zins seit 22. März 2000 zu bezahlen, wies die Widerklage ab und verpflichtete die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner für das erste Berufungsverfahren und die beiden erstinstanzlichen Verfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 314'633.-- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer und für das (zweite) Berufungs- und das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 40'000.-- zuzüglich Fr. 3'040.-- (7.6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen (KG act. 2 S. 126).

4. Auch gegen dieses Urteil reichte die Beschwerdeführerin innert Frist (OG act. 199/2, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt sie in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Die ihr im Sinne von § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (KG act. 5, 6/1, 9). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 10), der Beschwerdegegner auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 11).

II.

1. Das Obergericht hatte das Verfahren mit Beschluss vom 16. Juni 2005 an das Arbeitsgericht zurückgewiesen. Gegen diesen Rückweisungsbeschluss hatte die Beschwerdeführerin eine Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, welche das Kassationsgericht mit Beschluss vom 18. Juli 2006 abgewiesen hat. Das Arbeitsgericht fällt ein neues Urteil. Im Berufungsverfahren fällt das Obergericht das

angefochtene Urteil. Gegen dieses führt die Beschwerdeführerin Nichtigkeitsbeschwerde. Sie weist darauf hin, dass das Kassationsgericht vorgetragene Rügen gemäss § 104a Abs. 2 GVG nicht zweimal prüfen könne, wenn die Vorinstanz, wie das vorliegend der Fall sei, infolge Rückweisungen mehrmals über die gleiche Sache entscheide (KG act. 1 S. 30 Ziff. 51). Die Beschwerdeführerin begründet speziell, dass und weshalb alle ihre Rügen doch zulässig seien (KG act. 1 S. 30 - 32 Ziff. 52 - 55).

a) Gemäss § 104a Abs. 2 GVG tritt die Kassationsinstanz auf die in einem früheren Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht erhobenen oder damals als unzulässig oder unbegründet verworfenen Rügen in der gleichen Sache nicht mehr ein (Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes; vgl. z.B. ZR 103 [2004] Nr. 49 S. 202 li. Sp.). Auf Rügen, welche die Beschwerdeführerin bereits mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 16. Juni 2005 erhoben hat und welche damals vom Kassationsgericht als unzulässig oder unbegründet verworfen worden sind oder welche die Beschwerdeführerin damals hätte erheben können, aber nicht erhoben hat, ist demnach nicht einzutreten.

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, § 104a Abs. 2 GVG könne aber dann keine Ausschlusswirkung entfalten, wenn auf eine Rüge gegen einen ersten Entscheid deswegen nicht eingetreten worden sei bzw. hätte eingetreten werden können, weil die gerügte Erwägung für den damaligen Entscheid unerheblich gewesen sei, nun aber beim erneuten Entscheid erheblich sei. Sonst würde die Beschwerdeführerin der Möglichkeit beraubt, für die Entscheidfindung wesentliche Mängel durch das Kassationsgericht korrigieren zu lassen. Es müssten daher alle Rügen zulässig sein, die sich entweder auf entscheidrelevante neue Erwägungen des Obergerichts im nunmehr angefochtenen Urteil bezögen, die im Rückweisungsbeschluss noch nicht vorhanden gewesen seien, oder die zwar schon gegen den Rückweisungsbeschluss hätten erhoben werden können, auf die das Kassationsgericht aber deswegen nicht eingetreten sei oder nicht hätte eintreten können, weil sie für den Rückweisungsbeschluss des Obergerichts nicht entscheidrelevant gewesen seien (KG act. 1 S. 30 f. mit Verweisung auf ZR 105 [2006] Nr. 68).

c) Bei einem geänderten Sachverhalt sind neue Rügen möglich und zulässig (§ 104a Abs. 3 GVG). Entsprechend sind Rügen gegen geänderte, zusätzliche, neue vorinstanzliche Erwägungen zulässig. Auch wenn das Kassationsgericht auf Rügen nicht eintritt, indem es diese offen lässt, steht dies einer späteren Behandlung dieser Punkte nicht im Weg, denn § 104 Abs. 2 GVG spricht nur von nicht erhobenen oder als unzulässig oder unbegründet verworfenen Rügen (ZR 103 [2004] Nr. 49 Erw. 3.6). Hingegen kann die Beschwerdeführerin aus ZR 105 Nr. 68 keine weitere Zulässigkeit von Rügen herleiten. Dieser Entscheid betrifft einerseits die Frage der Bindung an die Rechtsauffassung, welche einem Rückweisungsentscheid zugrunde liegt, gemäss § 104a Abs. 1 GVG. Die Frage der Zulässigkeit von Rügen gemäss dem zweiten Absatz von § 104a GVG betrifft eine andere Thematik. Andererseits betrifft der Entscheid ZR 105 Nr. 68 die Frage der Beurteilung der oberinstanzlichen Rechtsmittelvoraussetzungen. Daraus folgt nicht, dass in einer zweiten Nichtigkeitsbeschwerde auf Rügen gegen vorinstanzliche Erwägungen eingetreten werden könnte, welche bereits in einem früheren vorinstanzlichen Entscheid enthalten, aber für diesen früheren Entscheid allenfalls nicht entscheidrelevant waren. Vorliegend hatte die Vorinstanz die Erwägungen, welche die Beschwerdeführerin damit anvisiert (OG act. 141 [= Rückweisungsbeschluss vom 16. Juni 2005] S. 25 ff.; vgl. KG act. 1 S. 31), gerade nicht als nicht entscheidrelevant bezeichnet, sondern sie im Gegenteil als für den Fall relevant bezeichnet, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelinge, das von ihr behauptete pflicht- und treuwidrige Verhalten des Beschwerdegegners bei der Gründung der A. AG und beim Abschluss des Alleinvertriebsvertrages zu beweisen (OG act. 141 S. 25). Im neuen Entscheid ging die Vorinstanz davon aus, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelungen sei, ein pflicht- und treuwidriges Verhalten des Beschwerdegegners bei der Gründung der A. AG und beim Abschluss des Alleinvertriebsvertrages zu beweisen (KG act. 2 S. 53). Damit waren die Erwägungen der Vorinstanz gemäss S. 25 ff. des Beschlusses vom 16. Juni 2005 relevant, und die Vorinstanz stellte im Urteil vom 7. November 2008 darauf ab bzw. wiederholte sie (vgl. OG act. 141 S. 26 ff. mit KG act. 2 S. 53 ff.). Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss vom 16. Juni 2005 verschiedene Feststellungen aus den vorinstanz-

lichen Erwägungen auf den Seiten 25 ff. des Beschlusses vom 16. Juni 2005 gerügt (Kass.-Nr. AA050141 act. 1 S. 16 ff.), und das Kassationsgericht war im Entscheid vom 18. Juli 2006 auf diese Rügen eingetreten, hatte sie geprüft und als unzutreffend verworfen (OG act. 143 S. 13 - 15). Unter diesen Umständen kann im Sinne des Grundsatzes der Einmaligkeit des Rechtsschutzes gemäss § 104a Abs. 2 GVG (vgl. ZR 103 Nr. 49) auf Rügen, welche im Beschluss des Kassationsgerichts vom 18. Juli 2006 verworfen worden sind, und auf Rügen, welche gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 16. Juni 2005 hätten erhoben werden können, aber nicht erhoben worden sind, bzw. auf Rügen gegen bereits im vorinstanzlichen Beschluss vom 16. Juni 2005 enthaltene Feststellungen nicht eingetreten werden (unter dem Vorbehalt eines geänderten Sachverhalts bzw. geänderter und neuer vorinstanzlicher Erwägungen).

d) Nachfolgend ist jeweils bei den einzelnen Rügen vorab zu prüfen, ob diese im Lichte von § 104a Abs. 2 GVG und der vorstehenden Erwägungen zulässig sind.

2. Die Beschwerdeführerin stellt in der Beschwerde den wesentlichen Sachverhalt aus ihrer Sicht und mit eigenen Schlussfolgerungen dar (KG act. 1 S. 4 f. Ziff. 11 und 13).

a) Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürche-

rischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

b) Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin in Ziff. 11 und 13 der Beschwerde kann deshalb nur eingegangen werden, soweit sie in der weiteren Begründung ihrer Beschwerde konkrete Rügen im Sinne von § 281 ZPO damit verbindet.

3. Die Vorinstanz zitierte aus der Berufungsbegründung (OG act. 190) und -replik (OG act. 196) die Behauptungen der Beschwerdeführerin, dass ihre Reputation als herstellerneutrale Homologierungsstelle einen nachhaltigen Schaden erlitten hätte, wenn die finanzielle Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG, einem Terminalanbieter, zum damaligen Zeitpunkt bekannt geworden wäre, dass der Beschwerdegegner eine solche Schädigung seiner Arbeitgeberin durch seine Beteiligung an der A. AG in Kauf genommen habe und dass er damit seine finanziellen Eigeninteressen über die strategischen Interessen seiner Arbeitgeberin und der Banken in der Schweiz gestellt habe. Die Vorinstanz erwog, mit diesen Ausführungen mache die Beschwerdeführerin geltend, es wäre ihr auf dem relevanten Markt ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden entstanden, wenn die verdeckte Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG bekannt geworden wäre, so dass sie einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung gehabt hätte, wenn ihr die damalige finanzielle Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG bekannt gewesen wäre (KG act. 2 S. 62).

a) Die Beschwerdeführerin rügt, damit verkürze die Vorinstanz ihre Ausführungen willkürlich. Sie habe nicht die von der Vorinstanz berücksichtigte Argumentation vertreten (dass sie deshalb einen wichtigen Grund für die fristlose Entlassung gehabt hätte, weil ihr ein erheblicher Schaden entstanden wäre oder entstehen könnte). Vielmehr habe sie geltend gemacht, dass der Beschwerdegegner durch sein Verhalten (Inkaufnahme einer Gefährdung der strategischen Position seiner Arbeitgeberin [sinngemäss: unabhängig davon, ob sich diese Gefährdung tatsächlich verwirklichte, d.h. der Beschwerdeführerin tatsächlich ein Schaden entstand oder noch entstehen könnte] zur persönlichen Bereicherung)

eine mit der Integrität eines Topmanagers unvereinbare Einstellung dokumentiert habe. Dies (die Einstellung des Beschwerdegegners, nicht primär der Schaden als solcher) habe die fristlose Entlassung gerechtfertigt (KG act. 1 S. 5 f. Ziff. 14 f.).

b) Diese Rüge ist unter dem Aspekt von § 104a Abs. 2 GVG zulässig. Sie richtet sich gegen vorinstanzliche Erwägungen, welche im Beschluss vom 16. Juni 2005 noch nicht enthalten waren.

c) Die Vorinstanz bezeichnete die Ausführungen der Beschwerdeführerin als verspätet (KG act. 2 S. 62 Erw. 6 zweiter Absatz). Trifft dies zu, geht die Rüge schon deshalb fehl, weil die Parteien mit verspäteten Vorbringen ausgeschlossen sind (§ 114 ZPO), d.h. solche Vorbringen deshalb (wegen der Verspätung) nicht beachtet werden können und es mithin nicht darauf ankommt, ob sie die Vorinstanz vollständig oder nur reduziert, in ihrem wirklichen Sinn oder in einem falschen Sinn erfasst hat.

d) Die von ihr als massgebend bezeichneten Behauptungen brachte die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren vor (vgl. vorstehend eingangs dieser Erw. 3 sowie KG act. 1 S. 5 Ziff. 14 mit Verweisung auf die Berufungsbegründung OG act. 190 und die Berufungsreplik OG act. 196). Im Berufungsverfahren ist neues Vorbringen nur unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO zulässig (§ 267 ZPO). Die Beschwerdeführerin macht aber geltend, bei den fraglichen Behauptungen handle es sich gar nicht um neue Tatsachenbehauptungen. Vielmehr handle es sich um eine Würdigung von Tatsachen, welche entweder als "Ausgangssachverhalt" der Sachverhaltsdarstellung im angefochtenen Urteil (KG act. 2 S. 4 - 6) zu entnehmen seien oder die sich direkt aus dem ergänzten Beweisverfahren vor Arbeitsgericht ergeben hätten. Überdies ergebe sich die Richtigkeit der Tatsachenbehauptungen sofort aus den Akten, weshalb die Behauptungen auch gemäss § 115 Ziff. 2 ZPO zulässig seien (KG act. 1 S. 7).

e) Die gemäss Beschwerdeführerin wesentlichen Umstände, dass der Beschwerdegegner bewusst die Beschwerdeführerin einer höchsten Gefährdung ihrer Marktstellung und Reputation als herstellerneutrale Systembetreiberin und Homologierungsstelle für alle Endgeräte ausgesetzt und damit eine massive Schädigung seiner Arbeitgeberin in Kauf genommen habe (KG act. 1 S. 6 Ziff. 15; vgl. KG act. 2 Erw. 6 erster Absatz), ergeben sich weder aus dem auf den Seiten 4 bis 6 des angefochtenen Urteils geschilderten Sachverhalt noch aus den von der Beschwerdeführerin zitierten Akten. Aus dem auf den Seiten 4 bis 6 des angefochtenen Urteils dargestellten Sachverhalt ergibt sich nicht, dass die Beschwerdeführerin herstellerneutrale Systembetreiberin und Homologierungsstelle für Endgeräte gewesen wäre. Ebensowenig ergibt sich daraus, dass die Beschwerdeführerin in dieser Position durch die Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG gefährdet worden wäre, Schaden zu erleiden, und noch weniger ergibt sich daraus, dass der Beschwerdegegner dies erkannt und in Kauf genommen hätte. Aus den von ihr zitierten Akten (KG act. 1 S. 7) ergibt sich zwar die Position der Beschwerdeführerin als herstellerneutrale Systembetreiberin und Homologierungsstelle (KG act. 2 S. 36 f., S. 43). Von einer möglichen Schädigung der Beschwerdeführerin, wenn die Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG bekannt geworden wäre, war dabei aber keine Rede, ebensowenig davon, dass der Beschwerdegegner eine solche Schädigung erkannt und in Kauf genommen hätte. Diese Behauptungen sind auch keine blosse Würdigung der auf den Seiten 4 bis 6 des angefochtenen Urteils und in den vom Beschwerdeführer zitierten Akten enthaltenen Tatsachen, sondern gehen wesentlich darüber hinaus (Schädigung bzw. Gefährdung der Position der Beschwerdeführerin, Erkenntnis einer solchen seitens des Beschwerdegegners), sind andere tatsächliche Behauptungen und im Verhältnis zu den zitierten Stellen neu. Dies zeigt sich auch daraus, dass die Beschwerdeführerin nicht aufzeigt, diese "Würdigung" schon früher vorgenommen zu haben, obwohl ihr selber die dieser "Würdigung" nach ihrer Darstellung zugrundeliegenden Tatsachen bekannt waren und sich diese "Würdigung" doch zur Begründung der fristlosen Entlassung, deren Rechtfertigung bestritten war, aufgedrängt hätte.

f) Die Beschwerdeführerin wies nicht nach, dass die vorinstanzliche Bezeichnung dieser Ausführungen als "verspätet vorgetragen" unzutreffend wäre. Es ist davon auszugehen. Waren sie verspätet, ist die Beschwerdeführerin damit ausgeschlossen und gehen schon deshalb ihre darauf beruhenden Rügen fehl.

4. Die Beschwerdeführerin kaufte im Jahre 1994 von der A. AG sogen. EFT/POS-Terminals (Geräte für den bargeldlosen Zahlungsverkehr, bei welchen Debit- und Kreditkarten [z.B. EC-Karte oder Postcard] eingeschoben und mittels eines geheimen Pin-Codes Zahlungen vor Ort durchgeführt werden können; KG act. 2 S. 68). Vor den Vorinstanzen machte sie geltend, sie habe in den Jahren 1994 bis 1997 bei der A. AG für rund Fr. 5.5 Mio. solche Geräte eingekauft. Diese seien überzahlt worden. Die Kosten der A. AG hätten Fr. 4.3 Mio. betragen. Der Schaden der Beschwerdeführerin belaufe sich auf rund Fr. 1.2 Mio. Das unter Leitung des Beschwerdegegners durchgeführte Evaluationsverfahren sei eine Farce gewesen, da von Anfang an festgestanden sei, dass der Zuschlag der A. AG zukommen sollte. Der Beschwerdegegner habe intern die Schlussbeurteilung vorgegeben. Die Geräte hätten ohne das raffinierte Dazwischenschalten der A. AG direkt bei der Geräteherstellerin, der D., bezogen werden können, mit einer Einsparung von mindestens Fr. 1.2 Mio. für die Beschwerdeführerin. Wenn sie um die Beteiligungsverhältnisse an der A. AG gewusst hätte, hätte sie das Dazwischenschalten der A. AG nicht akzeptiert, sondern die Geräte direkt bei der D. ohne die bei der A. AG hängengebliebene Marge beschafft (KG act. 2 S. 68 f.).

a) Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, wenn der Beschwerdegegner dem zuständigen Entscheidungsorgan der Beschwerdeführerin die Anschaffung des Gerätes der A. AG vorgeschlagen habe, könne ihm in keiner Art und Weise ein Fehlentscheid zur Last gelegt werden. Auf jeden Fall könnte eine allfällige Falschentscheidung nie so gross und gravierend gewichtet werden, dass sie nach Jahr und Tag noch zu einer fristlosen Entlassung rechtfertigen würde (KG act. 2 S. 77).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, damit lasse sich die Abweisung der Widerklage in diesem Punkt noch nicht begründen. Sie habe vor Vorinstanz behauptet, sie hätte dieselben Geräte zu einem um Fr. 1.2 Mio. tieferen Preis

direkt bei der D. beziehen können (KG act. 1 S. 8 f.). Die Vorinstanz habe diese Behauptung als unzulässiges Novum zurückgewiesen. Die Beschwerdeführerin habe aber schon in ihrer Widerklagereplik vor Arbeitsgericht vorgetragen, es hätte keinen Grund gegeben, die Geräte nicht direkt zu beziehen. Dies habe im Zusammenhang bedeutet, man hätte die Geräte direkt bei D. bezogen. Die vorinstanzliche Rückweisung als unzulässiges Novum sei deshalb willkürlich und verletze das Novenrecht (KG act. 1 S. 10).

c) Auch diese Rüge ist unter dem Aspekt von § 104a Abs. 2 GVG zulässig. Auch die damit beanstandete vorinstanzliche Erwägung war im Beschluss vom 16. Juni 2005 noch nicht enthalten:

d) Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe erst nach durchgeführtem Beweisverfahren behauptet, sie hätte die Geräte direkt bei der D. zu einem billigeren Preis eingekauft, wenn der Beschwerdegegner seine finanzielle Beteiligung an der A. AG ihr gegenüber offengelegt hätte. Dieses Vorbringen sei verspätet. Deshalb sei die Behauptung nicht zuzulassen (KG act. 2 S. 78).

e) Die Vorinstanz stellte mithin nicht fest, dass die Beschwerdeführerin verspätet behauptet habe, sie hätte die Geräte direkt bei der D. beziehen können. Die Vorinstanz stellte vielmehr fest, dass die Beschwerdeführerin verspätet behauptet habe, sie hätte die Geräte direkt bei der D. bezogen, wenn sie von der stillen Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG Kenntnis gehabt hätte. Im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführerin (KG act. 1 S. 10) bedeuten diese beiden Behauptungen nicht das Gleiche (vgl. nachfolgend lit. f und g). Zur Behauptung, die Beschwerdeführerin hätte die Geräte direkt bei der D. beziehen können, äusserte sich die Vorinstanz gar nicht. Ob sich deswegen die Verneinung der Pflichtwidrigkeit des Beschwerdegegners, jeglichen Schadens und die Abweisung der Widerklage in diesem Punkt noch nicht begründen lassen (KG act. 1 S. 8 Ziff. 19), ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, auf welche vorliegend nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO; vgl. dazu OG act. 143 [Beschluss des Kassationsgerichts vom 18. Juli 2006] S. 8 f. Erw. 2). Die vorinstanzliche Erwägung, die Behauptung sei verspätet, die Beschwerdeführerin hätte die Geräte direkt bei D. eingekauft, wenn sie von der stillen Beteiligung des

Beschwerdegegners bei der A. AG Kenntnis gehabt hätte, weist die Beschwerdeführerin nicht als unzutreffend nach (vgl. nachfolgend lit. f und g). Die Rüge geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

f) In ihrer Klageantwort/Widerklagebegründung hatte die Beschwerdeführerin unter dem Titel "das treuwidrige Verhalten des Klägers" geltend gemacht, der Beschwerdegegner habe sich an einer Gesellschaft (mit dieser gemeint: die A. AG) beteiligt, mit welcher die Beschwerdeführerin Geschäfte getätigt habe, und an diesen Geschäften massiv verdient, während die Beschwerdeführerin durch die schlechten Bedingungen, die er in den Verträgen durchgesetzt habe, massiv zu Schaden gekommen sei (AG act. 8/1 S. 8; S. 14). Das Trio Beschwerdegegner, C. und B. habe auch die D. geschädigt, indem C. durchgesetzt habe, dass seitens der D. "zu tiefe" Preise an die A. AG fakturiert worden seien (AG act. 8/1 S. 14). Der Beschwerdegegner und B. hätten die Bedingungen des Kaufvertrags vom 1. November 1994 zwischen der Beschwerdeführerin und der A. AG ausgehandelt und den Entscheid gefällt, die Geräte von der A. AG zu kaufen, obwohl der für die technische Seite Verantwortliche empfohlen habe, die Offerte einer anderen Firma, der F., anzunehmen. In den Jahren 1994 bis 1997 habe die Beschwerdeführerin bei der A. AG Geräte für rund Fr. 5.5 Mio. eingekauft. Diese Geräte seien überzahlt gewesen. Gemäss einer Schätzung der E. hätten die Kosten der A. AG Fr. 4.3 Mio. betragen. Der Schaden, den der Beschwerdegegner und B. der Beschwerdeführerin verursacht hätten, belaufe sich daher unter dieser Position auf rund Fr. 1.2 Mio. (AG act. 8/1 S. 15 f. [= act. 8/2 S. 15 f.]). Neben weiteren Bestreitungen (AG act. 14 S. 8 f.) bestritt der Beschwerdegegner, dass die Geräte überzahlt worden seien. Es würden Kosten der A. AG von Fr. 4.3 Mio. behauptet (bei einer ebenfalls bestrittenen Kaufsumme von insgesamt Fr. 5.5 Mio.). Dass die Marge des Verkäufers dem Schaden des Käufers gleichgesetzt werde, sei eine naive Auffassung. Die Marge sei selbstverständlich gerechtfertigt gewesen, weil die A. AG eigene Leistungen erbracht habe ("Garantie, Service, Werbung, Helpdesk etc.") (AG act. 14 S. 9 f.). Dazu wiederum machte die Beschwerdeführerin geltend, der Kern der Sache werde verkannt. Die Gesellschaft (mit dieser war die A. AG gemeint) sei ein Konstrukt gewesen, eine "Profitmaschine" für den Beschwerdegegner, C. und B., und habe nicht einer

kommerziellen Tätigkeit gedient. Es gebe keinen Grund, weshalb die Beschwerdeführerin die Geräte nicht direkt hätte beziehen können (AG Prot. S.12).

g) Im Wesentlichen behauptete die Beschwerdeführerin im arbeitsgerichtlichen Hauptverfahren mithin, der Beschwerdegegner habe mit der A. AG einen zu hohen Kaufpreis vereinbart. Als Begründung für diese Behauptung erwähnte sie die ihrer Behauptung nach ungerechtfertigte Marge der A. AG in Bezug auf ihren Einkaufspreis. Im Zusammenhang mit einem diesbezüglichen Einwand des Beschwerdegegners erwähnte sie, es gebe keinen Grund, weshalb sie die Geräte nicht direkt hätte beziehen können. In diesem Zusammenhang diene diese Behauptung der Stützung der Behauptung, der Beschwerdegegner habe mit der A. AG einen zu hohen Kaufpreis ausgehandelt. Dies beinhaltet die umgekehrte Behauptung, er hätte mit der A. AG einen tieferen Kaufpreis aushandeln können und müssen und die Beschwerdeführerin im entsprechenden Umfang geschädigt, indem er das nicht getan habe, nicht aber die Behauptung, die Beschwerdeführerin hätte die Geräte direkt bei der D. gekauft, wenn sie von der Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG Kenntnis gehabt hätte.

5. Die Vorinstanz erwog, selbst wenn die verspätet vorgebrachten Behauptungen (dass die Beschwerdeführerin die Geräte direkt bei der D. eingekauft hätte, wenn sie von der Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG Kenntnis gehabt hätte) zuzulassen wären, könnte die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die D. habe am von der Beschwerdeführerin durchgeführten Evaluationsverfahren gar nicht teilgenommen, sodass ihre Geräte gar nicht auf die Tauglichkeit auf dem Schweizer Markt abgeklärt worden seien. D.-Geräte seien während des Evaluationsverfahrens gar nie zur Diskussion gestanden. Da die D. am Evaluationsverfahren gar nicht beteiligt gewesen sei, hätte die Beschwerdeführerin gar keine Möglichkeit gehabt, D.-Geräte zu kaufen (KG act. 2 S. 78 f.).

a) Die Beschwerdeführerin rügt, bei diesen Erwägungen verkenne die Vorinstanz, dass es sich bei den von der A. AG gekauften Geräten ja um solche der D. gehandelt habe. Der Beschwerdegegner habe nie behauptet, dass die Beschwerdeführerin die D. unter diesen Umständen hätte einladen sollen, direkt

eine Offerte in Konkurrenz zur A. AG zu unterbreiten. Der Beschwerdegegner habe auch nie geltend gemacht, die A. AG habe andere Geräte als jene von D. offeriert. Indem die Vorinstanz ihren Entscheid darauf stütze, dass die Beschwerdeführerin auch eine Offerte der D. hätte einholen sollen, habe sie die Verhandlungsmaxime verletzt (KG act. 1 S. 11).

b) Auch diese Rüge ist unter dem Aspekt von § 104a Abs. 2 GVG zulässig. Auch die damit beanstandete vorinstanzliche Erwägung war im Beschluss vom 16. Juni 2005 noch nicht enthalten:

c) Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführerin habe (erst) in der Berufungsreplik ausgeführt, die von der A. AG gekauften Geräte seien solche der D. gewesen. Diese Behauptung sei ein verspätet vorgebrachtes Novum, worauf nicht weiter eingetreten werden könne (KG act. 2 S. 79 lit. g).

d) Dazu wendet die Beschwerdeführerin ein, sie habe mit der Darstellung, die von der A. AG offerierten Geräte seien solche von D. gewesen, keine neue Behauptung aufgestellt, sondern versucht, einen offensichtlichen Irrtum zu korrigieren, der sich angesichts von neuen Behauptungen des Beschwerdegegners in seiner Berufungsantwort abgezeichnet habe (KG act. 1 S. 11 Ziff. 25 mit Verweisung auf Ziff. 23). In der Ziffer 23 der Beschwerde, auf welche sie zum Beleg für diese Rüge verweist, erklärt die Beschwerdeführerin, aufgrund von (OG) act. 124/2, aber auch aufgrund des eindeutigen Beweisergebnisses betreffend die Motivationslage und Umstände der Gründung der A. AG sei es völlig eindeutig und klar, dass es sich bei den von der A. AG gekauften Geräten um solche der D. gehandelt habe (KG act. 1 S. 10).

e) Zwar vermag die Beschwerdeführerin mit den von ihr genannten Belegstellen (OG act. 124/2 = Alleinvertriebsvertrag zwischen der D. und der A. AG; pauschale Verweisung auf das Beweisergebnis betreffend die Motivationslage und Umstände der Gründung der A. AG) nicht darzutun, dass die in der vorstehenden lit. c zitierte Erwägung nicht zutrefte. Das geht aber aus dem angefochtenen Urteil selber hervor. Die Vorinstanz hielt fest, dass die D. mit der A. AG im März 1990 einen Alleinvertriebsvertrag für die Schweiz und das Fürsten-

tum Liechtenstein abgeschlossen hatte und dass in den folgenden Jahren zwischen der Beschwerdeführerin und der A. AG verschiedene Geschäfte, die sich in zwei Fällen auf Geräte der D. bezogen, getätigt wurden (KG act. 2 S. 6). Aus den weiteren Erwägungen folgt, dass mit diesen zwei erwähnten Fällen einerseits der Kauf der EFT/POS-Geräte von der A. AG gemeint war, andererseits der Kauf von CASH-Terminals (die Vorinstanz sprach von insgesamt vier Geschäften [z.B. KG act. 2 S. 61, S. 67], von denen sich zwei klarerweise nicht auf "Geräte der D." bezogen, nämlich das Helpdesk und der Verkauf des Mietterminalgeschäfts, sodass sich lediglich die beiden anderen Fälle, eben der Kauf der EFT/POS-Geräte und der CASH-Terminals, auf "Geräte der D." beziehen können). Überdies hatte die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Hauptverfahren im Zusammenhang mit dem Kauf der EFT/POS-Geräte geltend gemacht, es gebe keinen Grund, weshalb sie die Geräte nicht direkt hätte beziehen können (AG Prot. S. 12). Die Vorinstanz verstand dies als Behauptung, es habe keinen Grund gegeben, weshalb die Beschwerdeführerin die Geräte nicht direkt bei der belgischen D. hätte beziehen können (KG act. 2 S. 27 unten). Diese Behauptung beinhaltet die Behauptung, bei den von der A. AG gekauften Geräten habe es sich um solche der D. gehandelt. Im Urteil vom 2. Juli 2004 war das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass die A. AG eine Vertriebsgesellschaft der D. gewesen ist (OG act. 117 S. 7 unten). Die A. AG erbringe auch Eigenleistungen, z.B. Garantie und Gerätesupport. Das Argument der Beschwerdeführerin, man hätte die Geräte bei D. zum "A.-Einkaufspreis" (damit offensichtlich gemeint: zum Preis, den die A. AG der D. für die ihr von dieser gelieferten Geräte [welche sie ihrerseits der Beschwerdeführerin verkaufte] zu bezahlen hatte) haben können, übersehe, dass, wenn die D. direkt der Beschwerdeführerin verkauft hätte, entweder sie selbst (die D.) oder die Beschwerdeführerin die Leistungen hätte erbringen müssen, die die A. AG erbracht habe, was nicht ohne Einfluss auf den Preis geblieben wäre. Abgesehen davon sei einem Einkauf bei D. der Alleinvertriebsvertrag (der D.) mit der A. AG im Weg gestanden (OG act. 117 S. 8; KG act. 2 S. 28). Auch das Kassationsgericht war im Beschluss vom 18. Juli 2006 davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin in zwei Fällen von der A. AG Geräte (EFT/POS-Terminals und CASH-Terminals) gekauft hatte, welche von der

D. hergestellt worden waren (OG act. 143 S. 2 mit Verweisung auf OG act. 141 S. 29 ff. und S. 60 ff.).

Damit steht unumstritten fest, dass die EFT/POS-Geräte von der D. stammten und von der A. AG in der Schweiz vertrieben worden sind. Dies als unzulässiges Novum zu bezeichnen, auf welches nicht eingetreten werden könne, ist deshalb nicht zulässig.

f) Ist davon auszugehen, dass mit dem fraglichen Kaufvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der A. AG EFT/POS-Geräte gehandelt worden sind, welche von der D. stammten, verlieren die vorinstanzlichen Erwägungen darüber, dass sich die D. nicht am Evaluationsverfahren beteiligt habe, weshalb die Beschwerdeführerin die Geräte gar nicht direkt bei der D. hätte beziehen können (sondern als Alternative nur die Geräte der F. hätte kaufen können) (KG act. 2 S. 78 f.), ihre Bedeutung. Diese vermögen die vorinstanzliche Schlussfolgerung, es stehe rechtsgenügend fest, dass der Beschwerdegegner trotz des bestehenden Interessenkonfliktes keine Entscheidung zum Nachteil der Beschwerdeführerin getroffen habe und dieser durch den Kauf der A.-Geräte kein finanzieller Schaden entstanden sei (KG act. 2 S. 79), nicht zu begründen.

g) Es fragt sich, welche Bedeutung diesen auf der unzulässigen Feststellung beruhenden vorinstanzlichen Erwägungen zukommt, nachdem die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund bei der vorinstanzlichen Erwägung nachwies, die Behauptung sei verspätet, sie hätte die Geräte direkt bei der D. eingekauft, wenn sie von der stillen Beteiligung des Beschwerdegegners bei der A. AG Kenntnis gehabt habe (vorstehend Erw. 4.e). Da das angefochtene Urteil bereits aus einem andern Grund aufgehoben werden muss (vgl. die nachfolgenden Erwägungen), braucht diese Frage nicht beantwortet zu werden (und muss auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Frage des Nachteils und der Beschwer in KG act. 1 S. 12 Ziff. 26 nicht eingegangen werden). Die Vorinstanz wird jedenfalls die unzulässige Erwägung, die Behauptung sei ein unzulässiges Novum, bei den mit Kaufvertrag vom November 1994 von der A. AG gekauften EFT/POS-Geräten handle es sich um D.-Geräte, und die darauf beruhenden Erwägungen, die Beschwerdeführerin hätte als Alternative zum Kauf von der A.

AG lediglich Geräte der F. kaufen können, womit rechtsgenügend feststehe, dass der Beschwerdegegner trotz des bestehenden Interessenkonfliktes keine Entscheidung zum Nachteil der Beschwerdeführerin getroffen habe und dieser durch den Kauf der A.-Geräte kein finanzieller Schaden entstanden sei, im neu zu fällenden Urteil so (d.h. ohne andere Begründung) nicht wiederholen dürfen.

6. Die EFT/POS-Terminals hatte die Beschwerdeführerin von der A. AG gekauft, um sie an ihre Kunden (Handelsgeschäfte und Betriebe, bei welchen deren Kundschaft die Kaufpreise mittels Kredit- oder Bank-/Postkarten an den EFT/POS-Terminals bezahlen konnte) zu vermieten. Diese Vermietung wurde von der M. betrieben (KG act. 2 S. 80), einer Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin, deren Direktor und Vorsitzender der Geschäftsleitung der Beschwerdegegner war (KG act. 2 S. 6 f.). Mit Vertrag vom November 1997 übertrug die Beschwerdeführerin diese bei ihren Kunden installierten EFT/POS-Terminals mit samt den entsprechenden Mietverträgen wieder an die A. AG, und zwar zum Preis von Fr. 1.25 Mio. (vgl. KG act. 2 S. 80 f.). Die Beschwerdeführerin machte geltend, dieses Mietterminalgeschäft (Geräte und Mietverträge) habe einen Wert zwischen Fr. 9.8 und 12.1 Mio. gehabt. Der Verkauf an die A. AG für Fr. 1.25 Mio. sei vom Beschwerdegegner veranlasst und der Kaufpreis viel zu tief angesetzt worden. Der Beschwerdegegner habe dieses Geschäft an die von ihm beherrschte A. AG quasi verschenkt. Wenn die Beschwerdeführerin von der Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG Kenntnis gehabt hätte, hätte sie diesen Geschäftsbereich nicht an diese verkauft, und schon gar nicht für Fr. 1.25 Mio. (KG act. 2 S. 81).

a) Die Vorinstanz erwog, aufgrund der aufgezeigten Zeugeneinvernahmen (KG act. 2 S. 86 - 93) und der Akten stehe fest, dass der Entscheid, das ganze Mietterminalgeschäft abzustossen und zu verkaufen, im Rahmen einer grösseren Reorganisation der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerin von einem hierarchisch über dem Beschwerdegegner stehenden Entscheidungsorgan definitiv entschieden worden sei. Der Beschwerdegegner habe lediglich als ausführende Person für die Abwicklung verantwortlich sein können. Die Verkaufspreisgestaltung sei innerhalb der Beschwerdeführerin vollkommen offen und transparent diskutiert und auch aufgrund des Buchwertes beraten worden. Der Geschäftsleitung sei nicht nur bekannt gewesen, dass das Mietterminalgeschäft ein gewinnbringendes Geschäft gewesen sei, sondern auch, dass der Buchwert aufgrund einer zweijährigen Abschreibungsdauer berechnet worden sei, obwohl man von einer möglichen Lebens- und Abschreibungsdauer von sechs bis sieben Jahren hätte ausgehen und der potentielle Käufer mit einer entsprechend längeren Verwendungsdauer habe rechnen können. Der Geschäftsleitung sei bekannt gewesen, dass es sich beim Verkaufspreis von Fr. 1.25 Mio. um einen sehr tiefen Preis gehandelt habe, der unter dem effektiven Wert des Geschäftes gelegen habe. Trotz diesen Kenntnissen habe sich die Geschäftsleitung einstimmig für den fraglichen Verkauf an die A. AG entschieden. Vorliegend gehe es nicht darum festzustellen, ob der Beschwerdeführerin durch den Verkauf des Geschäftes ein Schaden entstanden sei. Sondern es gehe allein um die Frage, ob sich der Beschwerdegegner bei der Verkaufsabwicklung gegenüber der Beschwerdeführerin pflichtwidrig verhalten habe. Deshalb brauche der effektive Wert des Geschäftes nicht eruiert zu werden. Aus ganz verschiedenen Gründen sei keine andere konkrete Käuferin als die A. AG in Frage gekommen. Für den betreffenden Entscheid sei die gesamte Geschäftsleitung verantwortlich gewesen. Dieser Entscheid sei unter den gegebenen Umständen trotz des günstigen Preises auch ohne weiteres wirtschaftlich verantwortbar und vertretbar gewesen, weil das Mietterminalgeschäft aufgrund eines Entscheides von oben habe verkauft werden müssen (KG act. 2 S. 94 f.). Es gehe allein um die Frage, ob die Beschwerdeführerin das Mietterminalgeschäft einer anderen Firma und/oder zu einem

höheren Preis (als Fr. 1.25 Mio.) hätte verkaufen können. Der Beweis dafür sei der Beschwerdeführerin nicht gelungen (KG act. 2 S. 96).

Im Berufungsverfahren habe die Beschwerdeführerin ihren Standpunkt geändert. Sie habe erklärt, nach dem gescheiterten Beweisergebnis hätte sie diesen Geschäftsbereich eben behalten und damit einen Wertabfluss in der genannten Höhe verhindert, wenn der Beschwerdegegner seine finanzielle Beteiligung an der A. AG offengelegt hätte (KG act. 2 S. 96). Man hätte die bestehenden Mietverträge - so die Behauptung der Beschwerdeführerin - einfach weiterführen und lediglich auf einen weiteren Ausbau durch Abschluss neuer Verträge verzichten können (KG act. 2 S. 97 oben). Die Vorinstanz bezeichnete dies als unzulässiges verspätetes Vorbringen. Es gehe aber auch am Sachverhalt vorbei. Die Beschwerdeführerin habe die Übertragung des Mietterminalgeschäfts auf die N. (eine andere Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin) bereits anfangs September 1997 beschlossen gehabt. Diese habe entschieden, nicht in den Terminalmarkt als Verkäuferin, Vermittlerin oder Vermieterin von Terminals einzusteigen. Die Abstossung des Terminalgeschäfts sei somit definitiv beschlossene Sache gewesen und hätte nach dem hypothetischen Kausalverlauf nicht anders gelauteet, wenn die finanzielle Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG bekannt gewesen wäre. Als diese beiden strategischen Entscheide (offenbar damit gemeint: Übertragung des Mietterminalgeschäfts auf die N. einerseits, Entscheid der N., nicht in den Terminalmarkt einzusteigen, andererseits) gefällt worden seien, sei noch gar nicht festgestanden, an wen und zu welchem Preis die Mietterminals verkauft würden. Zudem sei der Geschäftsleitung im Zeitpunkt des Verkaufs der Verkaufspreis von Fr. 1.25 Mio. und der Verzicht auf Übernahme von weiteren 450 - 500 Mietterminals im Wert von Fr. 900'000.-- bis Fr. 1 Mio. bekannt gewesen. Die Geschäftsleitung sei auch von einem höheren Sachwert und auch von einem guten Ertragswert des Mietterminalgeschäfts ausgegangen. Aufgrund der erwähnten beiden strategischen Entscheide habe sie aber gar keine andere Möglichkeit gehabt, als die Mietterminals an die A. AG zu verkaufen, zumal die Weiterführung des Mietterminalgeschäfts zusätzliche Infrastrukturen bedingt und hohe Kosten in der Höhe von ca. Fr. 1 Mio. verursacht hätte (KG act. 2 S. 97).

Der Beschwerdegegner habe der Geschäftsleitung drei unterschiedliche Varianten unterbreitet: 1. Mietgeschäft einstellen, bestehende Verträge bis zum Auslaufen selber weiterführen; 2. Mietgeschäft an Lieferanten verkaufen; 3. Verkauf an Dritte. Die Geschäftsleitung habe sich für die zweite Variante entschieden, und zwar im vollen Bewusstsein, dass der Verkaufspreis nicht einem höheren Marktwert entsprochen und dass das Geschäft einen entsprechenden Ertragswert generiert habe. Die Beschwerdeführerin habe nie substantiiert behauptet, weshalb sie sich nicht für die erste Variante entschieden habe, obwohl sie dies ohne Weiteres hätte tun können (KG act. 2 S. 97 f.).

Im Behauptungsverfahren vor Arbeitsgericht habe die Beschwerdeführerin nie behauptet, das Geschäft wäre in Kenntnis des wahren Sachverhalts nie verkauft, sondern behalten worden. Diese Behauptung sei ein verspätetes Novum. Darauf sei nicht einzutreten (KG act. 2 S. 98).

Die Beschwerdeführerin rüge, dass das Arbeitsgericht die Ergänzungsfrage an G. nicht zugelassen habe, wie er entschieden hätte, wenn er um die Beteiligungsverhältnisse gewusst hätte. Die Vorinstanz erwog dazu, diese Problematik sei im erstinstanzlichen Hauptverfahren gar nie Prozessthema gewesen. Von entscheidender Bedeutung sei, dass die Beschwerdeführerin in der Widerklagereplik vor Arbeitsgericht ausdrücklich erklärt habe, G. sei am Geschäft nicht beteiligt gewesen. Er habe nur in der Schlussphase unterschrieben. Materiell habe er sich nicht damit beschäftigt (KG act. 2 S. 98 f.). Entsprechend habe das Arbeitsgericht zutreffend die Beweisaufgabe auf die konkret vorgebrachten Behauptungen beschränkt und zu Recht die Ergänzungsfrage an den Zeugen G., die zuvor nie prozesskonform ins Verfahren eingebracht worden sei, nicht zugelassen (KG act. 2 S. 99).

Zusammenfassend hielt die Vorinstanz noch einmal fest, dass der Verkaufsentscheid zugunsten der A. AG von der Geschäftsleitung einstimmig gefällt worden sei, dass demzufolge auch die gesamte Geschäftsleitung dafür die Verantwortung zu tragen habe und dass dem Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang kein treuwidriges Verhalten zur Last gelegt werden könne (KG act. 2 S. 100).

b) Zu diesen Erwägungen trägt die Beschwerdeführerin verschiedene Rügen vor:

aa) Die vorinstanzlichen Erwägungen seien widersprüchlich und schon deswegen willkürlich (KG act. 1 S. 14 Ziff. 28).

Rügen der Verletzung von Bundesrecht sind im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht zulässig (§ 285 ZPO; vgl. vorstehend Erw. 4.e mit Verweisung). Das gilt auch für die Rüge ungenügender Begründung im Bereich der Anwendung des materiellen Bundesrechts (ZR 107 [2008] Nr. 59). Darunter fällt auch die Rüge einer widersprüchlichen Begründung. Soweit die Beschwerdeführerin ihre entsprechende Rüge auf Fragen des Bundesrechts bezieht (Relevanz von Schaden, Schädigung, Pflichtwidrigkeit, Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse; KG act. 2 S. 14 Ziff. 28), ist darauf nicht einzutreten. Soweit die Beschwerdeführerin ihre entsprechende Rüge auf vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellungen bezieht, ist nur darauf einzutreten, soweit sie die Beschwerdeführerin in der weiteren Beschwerdebegründung genügend substantiiert. Das (das Erfordernis der nachfolgenden genügenden Substantiierung) gilt auch für die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime.

bb) Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime sieht die Beschwerdeführerin offenbar in einer vorinstanzlichen Annahme eines Zwangs zum Verkauf des Mietterminalgeschäfts an die A. AG zum Preis von Fr. 1.25 Mio. Das sei nie behauptet worden (KG act. 1 S. 14 Ziff. 28). Die Beschwerdeführerin zeigt indes nicht auf, wo die Vorinstanz eine solche Annahme getroffen habe. Auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden. Soweit die Beschwerdeführerin die gerügte Feststellung als Schlussfolgerung aus den gerügten vorinstanzlichen Erwägungen zieht, der Entscheid zum Verkauf des Mietterminalgeschäfts sei von einem über dem Beschwerdegegner stehenden Entscheidungsorgan definitiv beschlossen worden (KG act. 2 S. 94), es sei gar keine andere konkrete Käuferin als die A. AG in Frage gekommen, der Entscheid (zum Verkauf an die A. AG zum Preis von Fr. 1.25 Mio.) sei unter den gegebenen Umständen trotz des günstigen Preises ohne Weiteres wirtschaftlich verantwortbar und ebenfalls vertretbar gewesen, weil das Mietterminalgeschäft aufgrund eines Entscheides von oben habe verkauft

werden müssen (KG act. 2 S. 95), aufgrund strategischer Entscheide habe die M. gar keine andere Möglichkeit gehabt, als die Mietterminals an die A. AG zu verkaufen (KG act. 2 S. 97), ist auf die nachfolgenden Erwägungen zu den diesbezüglichen Rügen zu verweisen. Auf diese kann, soweit solche überhaupt erhoben wurden, in Anwendung von § 104a Abs. 2 GVG nicht eingetreten werden.

cc) Eine weitere Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime begründet die Beschwerdeführerin damit, dass die Vorinstanz davon ausging, bei der N. wären ohne Verkauf des Mietterminalgeschäfts an die A. AG Infrastrukturinvestitionen und Kosten von über Fr. 1 Mio. entstanden, obwohl bei der N. gar keine Kosten angefallen wären, weil sie das Geschäft aufgrund ihres strategischen Entscheides nicht weitergeführt (sondern der M. überlassen) hätte, und nie jemand solche Kosten bei der M. behauptet habe. Im Raum sei lediglich die Behauptung des Beschwerdegegners gestanden, eine Fortführung hätte Softwareinvestitionen in der Höhe von Fr. 1 Mio. zur Folge gehabt. Diese Behauptung sei durch das Arbeitsgericht als bestritten zum Beweis verstellt worden, aber unbewiesen geblieben (KG act. 1 S. 15 Ziff. 28).

aaa) Diese Rüge ist unter dem Aspekt von § 104a Abs. 2 GVG zulässig. Die damit beanstandete Feststellung war im vorinstanzlichen Rückweisungsbeschluss vom 16. Juni 2005 noch nicht vorhanden (vgl. OG act. 141 S. 52).

bbb) Die Vorinstanz erwähnte die Behauptung des Beschwerdegegners, der mit der A. AG vereinbarte Preis habe dem Umstand Rechnung getragen, dass die M. ca. Fr. 1 Mio. in Software-Lösungen hätte investieren müssen und dass eine zusätzliche Investitionen von rund Fr. 1 Mio. für die Beschwerdeführerin nötig gewesen wäre, wenn der Rückkaufvertrag (gemeint: der Vertrag über das Mietterminalgeschäft) nicht zustande gekommen wäre (KG act. 2 S. 82 mit Verweisung auf AG act. 14 S. 13). Die Vorinstanz erwog, im Zeitpunkt des Verkaufs sei der Geschäftsleitung der Verzicht auf Übernahme von weiteren 450 - 500 Mietterminals im Wert von Fr. 900'000.-- bis Fr. 1 Mio. bekannt gewesen. Die Weiterführung des "Mietterminalgeschäftes der N." hätte zusätzliche Infrastrukturkosten bedingt und hohe Kosten in der Grössenordnung von ca. Fr. 1 Mio. verur-

sacht (KG act. 2 S. 97). Dabei war für die Vorinstanz offensichtlich nicht wesentlich, ob diese Kosten der N. oder der M. (beides Gesellschaften innerhalb der X.-Gruppe) entstanden wären. Diese Feststellungen bedeuten nichts anderes, als der Beschwerdegegner in AG act. 14 S. 13 behauptet hatte. Diese Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime geht fehl.

ccc) Ob diese Behauptungen des Beschwerdegegners bewiesen sind, wenn sie bestritten worden sind, ist eine Frage der Beweiswürdigung und nicht der Verhandlungsmaxime. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin dürfen dem Urteil nicht nur bewiesene Tatsachen zugrunde gelegt werden (und gibt es keinen solchen Verfahrensgrundsatz), sondern auch unbestrittene.

ddd) Die Vorinstanz begründete nicht, wie sie zur Feststellung gelangte, die Weiterführung des Mietterminalgeschäftes hätte zusätzliche Infrastrukturen bedingt und Kosten in der Höhe von ca. Fr. 1 Mio. verursacht. Tatsächlich auferlegte das Arbeitsgericht den Beweis für diese Tatsache dem Beschwerdegegner (AG Prot. S. 29). Damit ist davon auszugehen, dass sie bestritten war. Die Vorinstanz erklärte nicht, es sei deswegen darauf abzustellen, weil sie im Gegensatz zur erstinstanzlichen Beweisaufgabe gar nicht bestritten worden sei. Aus welchen Beweismitteln sich deren Richtigkeit ergebe, erläuterte die Vorinstanz ebensowenig. Diese tatsächliche Feststellung ist deshalb unzulässig.

eee) Die Bedeutung dieser unzulässigen Feststellung für das angefochtene Urteil ist unklar. Die Vorinstanz führte sie lediglich als ergänzende Erwägung an ("zumal ..." [KG act. 2 S. 97 2. Absatz a.E.]). Da das angefochtene Urteil bereits aus einem andern Grund aufgehoben werden muss (vgl. nachfolgend Erw. 7.d - g), kann aber auf eine Klärung verzichtet werden. Die Vorinstanz wird im neuen Urteil entweder erläutern müssen, woraus sich die Richtigkeit dieser Behauptung ergebe, oder auf diese Feststellung verzichten müssen.

dd) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz gehe von der Annahme aus, dass ein Verkauf des Mietterminalgeschäftes bereits durch den Verwaltungsrat der Holding ohne Dazutun des Beschwerdegegners beschlossen gewesen sei und dieser nur noch den definitiv beschlossenen Verkauf umzusetzen gehabt

habe. Diese Annahme stütze die Vorinstanz einerseits auf Zeugenaussagen. Aus diesen Zeugenaussagen ergebe sich diese Schlussfolgerung aber gerade nicht. Weiter stütze sich die Vorinstanz "ohne Beleg auf die Akten". Das verletze die Begründungspflicht (KG act. 1 S. 15 Ziff. 29). Die Annahme, der Verkauf sei von oben definitiv vorgegeben gewesen, sei willkürlich (KG act. 1 S. 16).

Die von der Beschwerdeführerin hierunter gerügte vorinstanzliche Feststellung ist identisch mit der Feststellung, welche die Vorinstanz bereits im Beschluss vom 16. Juni 2005 getroffen hatte (OG act. 141 S. 50 f.). In der seinerzeitigen Beschwerde gegen diesen Beschluss hatte die Beschwerdeführerin diese vorinstanzliche Feststellung als aktenwidrig gerügt (Kass.-Nr. AA050141 act. 1 S. 16). Das Kassationsgericht behandelte und prüfte diese Rüge und hielt fest, dass die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Schlussfolgerung nicht als aktenwidrig oder willkürlich darzutun vermochte und diese Rüge fehl geht (OG act. 143 S. 14). Die Rügen gegen diese vorinstanzliche Feststellung sind unzulässig (§ 104a Abs. 2 GVG). Darauf kann nicht eingetreten werden.

ee) Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe angenommen, der "Verkaufspreisbildungsprozess" sei offen und transparent gewesen und die Geschäftsleitung der M. habe den Verkaufsentscheid an die A. AG zu Fr. 1.25 Mio. einstimmig in Kenntnis aller relevanter Faktoren gefällt. Dabei habe die Vorinstanz verkannt, dass der Beschwerdegegner seine Beteiligung an der A. AG verschwiegen habe. G. (Mitglied der Geschäftsleitung der M. [KG act. 2 S. 88]) habe gemäss seiner von der Vorinstanz zitierten Zeugenaussage Zweifel an der Angemessenheit des Kaufpreises gehabt, sich aber auf die Sachkenntnis des Beschwerdegegners und von B. verlassen. Das hätte er nicht getan - so die Beschwerde sinngemäss -, wenn er Kenntnis von den Beteiligungen des Beschwerdegegners und von B. und damit von deren eigenen wirtschaftlichen Interessen und daraus folgenden Interessenkonflikten gehabt hätte. Das habe die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz ausdrücklich geltend gemacht. Die Vorinstanz habe das aber übergangen. Ihre Annahme, die Geschäftsleitung habe nach völlig transparenter Diskussion zu Gunsten der A. AG entschieden, sei

deshalb willkürlich und beruhe auf einer Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerin (KG act. 1 S. 16 f. Ziff. 30 und 31).

Die Vorinstanz hatte bereits im Rückweisungsbeschluss vom 16. Juni 2005 erwogen, dass die Verkaufspreisgestaltung innerhalb der M. vollkommen offen und transparent diskutiert und auch aufgrund des Buchwertes beraten worden sei, dass der Geschäftsleitung nicht nur bekannt gewesen sei, dass das Mietterminalgeschäft ein gewinnbringendes Geschäft gewesen sei, sondern auch, dass der Buchwert (von Fr. 1.25 Mio.; vgl. OG act. 141 S. 38 und S. 49 unten) aufgrund einer zweijährigen Abschreibungsdauer berechnet worden war, obwohl man bezüglich der Terminals von einer möglichen Lebens- und Abschreibungsdauer von sechs bis sieben Jahren hätte ausgehen können und der potentielle Käufer mit einer entsprechenden längeren Verwendungsdauer habe rechnen können, dass sich die Geschäftsleitung trotz diesen Kenntnissen einstimmig für den fraglichen Verkauf an die A. AG entschieden habe, dass für den betreffenden Entscheid somit die gesamte Geschäftsleitung der M. verantwortlich gewesen sei, dass dieser Entscheid unter den gegebenen Umständen trotz des günstigen Preises auch ohne weiteres wirtschaftlich verantwortbar und ebenfalls vertretbar gewesen sei, weil das Mietterminalgeschäft aufgrund eines Entscheides von oben habe verkauft werden müssen (OG act. 141 S. 50 f.). Die Rügen, welche die Beschwerdeführerin nun gegen dieselben vorinstanzlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil vom 7. November 2008 vorbringt, hätte sie schon gegen diese bereits im Beschluss vom 16. Juni 2005 getroffenen Feststellungen vorbringen können. Auch auf die dagegen gerichteten Rügen kann in Anwendung von § 104a Abs. 2 GVG nicht eingetreten werden.

Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz die Erwägungen im Beschluss vom 16. Juni 2005 durch zusätzliche Erwägungen im Urteil vom 7. November 2008 "angereichert" hat (KG act. 2 S. 31 f.). Diese zusätzlichen Erwägungen (KG act. 2 S. 94 f.) bedeuten keine Änderung der Erwägungen im Beschluss vom 16. Juni 2005, welche zur beanstandeten Feststellung führten, dass die Geschäftsleitung im Wissen um alle relevanten Faktoren, insbesondere den tiefen Preis, nach völlig transparenter Diskussion zugunsten der A. AG entschieden hat, sondern sind

eigentliche zusätzliche Erwägungen, welche diejenigen im Beschluss vom 16. Juni 2005 ergänzen und die daraus gezogene Schlussfolgerung zusätzlich und weiter begründen sollen, deren Wegfall aber an der bereits im Beschluss vom 16. Juni 2005 gezogenen Schlussfolgerung nichts änderten. Diese zusätzlichen Erwägungen als solche beanstandet die Beschwerdeführerin nicht.

ff) Im Zusammenhang mit dem Verkauf des Mietterminalgeschäfts hielt die Vorinstanz im Urteil vom 7. November 2008 weiter fest, die Beschwerdeführerin habe in diesem Punkt im vorliegenden Berufungsverfahren ihr "Aussageverhalten" (offenbar gemeint: ihre Behauptungen) geändert und erklärt, nach dem (bezüglich Verkauf zu einem höheren Preis) gescheiterten Beweisergebnis hätte sie diesen Geschäftsbereich eben behalten und damit einen Wertabfluss in der genannten Höhe verhindert und verhindern müssen, wenn der Beschwerdegegner seine finanzielle Beteiligung an der A. AG offengelegt hätte. Man hätte die bestehenden Mietverträge einfach weiterführen und lediglich auf einen weiteren Ausbau durch Abschluss neuer Verträge verzichten können (KG act. 2 S. 96 f.). Die Vorinstanz erwog dazu, dabei handle es sich um ein unzulässiges verspätetes Vorbringen. Es gehe aber auch an der Sache vorbei. Wie bereits aufgezeigt, sei die Abstossung des Terminalgeschäfts definitiv beschlossene Sache gewesen und hätte nach dem hypothetischen Kausalverlauf nicht anders gelauret, wenn die finanzielle Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG bekannt gewesen wäre. Aufgrund der beiden strategischen Entscheide (einerseits der M., das Mietterminalgeschäft auf die N. zu übertragen, andererseits der N., nicht in den Terminalmarkt als Verkäuferin, Vermittlerin oder Vermieterin von Terminals einzusteigen) habe die Beschwerdeführerin gar keine andere Möglichkeit gehabt, als die Mietterminals an die A. AG zu verkaufen (KG act. 2 S. 97).

aaa) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Behauptung, weil angeblich verspätet, nicht zugelassen, die M. hätte bei Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse das Mietterminalgeschäft behalten und daher den Wertabfluss an den Beschwerdegegner verhindert. Diese Erwägung sei widersprüchlich und deshalb willkürlich. Ferner habe die Vorinstanz damit die §§ 114 und 55 ZPO verletzt (KG act. 1 S. 18 - 22 Ziff. 33 - 37).

bbb) Die Bestimmung von § 104 Abs. 2 GVG steht diesen Rügen nicht entgegen, richten sie sich doch gegen Erwägungen, welche im Beschluss vom 16. Juni 2005 noch nicht enthalten waren.

ccc) Inwiefern die vorinstanzliche Erwägung widersprüchlich sei, erklärt die Beschwerdeführerin nicht und ist auch nicht ersichtlich. Darauf kann nicht eingetreten werden.

ddd) Zwar bezeichnete die Vorinstanz die Behauptung der Beschwerdeführerin als unzulässiges verspätetes Vorbringen. Gleichwohl berücksichtigte und behandelte sie sie. Die Vorinstanz erwog, diese Behauptung gehe fehl, weil die Abstossung des Mietterminalgeschäfts definitiv beschlossene Sache gewesen sei, nach dem hypothetischen Kausalverlauf nicht anders gelautet hätte, wenn die finanzielle Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG bekannt gewesen wäre, und weil die Beschwerdeführerin aufgrund strategischer Entscheide der M. und der N. gar keine andere Möglichkeit gehabt habe, als die Mietterminals an die A. AG zu verkaufen. Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nicht auseinander (Rügen gegen die Feststellung, die Abstossung des Mietterminalgeschäftes sei definitiv beschlossene Sache gewesen, wären gemäss § 104 Abs. 2 GVG auch gar nicht zulässig; vgl. vorstehend lit. dd). Damit wirkte sich die Bezeichnung ihres Vorbringens (sie hätte das Mietterminalgeschäft behalten und selber weitergeführt, wenn der Beschwerdegegner seine Beteiligung an der A. AG offengelegt hätte) als verspätet und unzulässig gar nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus, und es kann aus diesem Grund auf die dagegen gerichteten Rügen nicht eingetreten werden. Das gilt somit auch für die in diesem Zusammenhang stehende vorinstanzliche Erwägung zur Rüge, dass das Arbeitsgericht eine Ergänzungsfrage an G. nicht zugelassen habe (KG act. 2 S. 98), bzw. für die diesbezügliche Rüge in der Beschwerde (KG act. 1 S. 18 Rz 32).

gg) Im Anschluss an die vorstehend zitierten Erwägungen wies die Vorinstanz weiter darauf hin, es sei aktenmässig belegt, dass der Beschwerdegegner der Geschäftsleitung bezüglich des Antrages betr. Verkauf des Mietterminalgeschäfts drei unterschiedliche Varianten unterbreitet habe, nämlich erstens das

Mietgeschäft einzustellen und die bestehenden Verträge bis zum Auslaufen selber weiterzuführen, zweitens das Mietgeschäft an den Lieferanten zu verkaufen, und drittens, das Mietgeschäft an Dritte zu verkaufen. Die Geschäftsleitung habe somit unter diesen drei Varianten auswählen können. Dabei habe sie sich für die zweite Variante entschieden, den Verkauf an die Lieferantin (die A. AG), und zwar im vollen Bewusstsein, dass der Verkaufspreis nicht einem höheren Marktwert entsprochen und dass das Geschäft einen entsprechenden Marktwert garantiert habe. Die Beschwerdeführerin habe nie substantiiert behauptet, warum sie sich nicht für die erste Variante entschieden habe, obwohl sie dies ohne Weiteres hätte tun können (KG act. 2 S. 97 f.).

aaa) Die Beschwerdeführerin beanstandet die letzterwähnte Erwägung (sie habe nie substantiiert behauptet, weshalb sich die Geschäftsleitung nicht für die erste Variante und damit für die Weiterführung des Geschäftsbereichs entschieden habe). Diese Erwägung stehe in Widerspruch zur vorinstanzlichen Feststellung, der Verkauf des Geschäftsbereichs sei "von oben" definitiv vorgegeben gewesen. Sie sei aber auch sachlich unzutreffend und verletze den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin. Sie habe dies sehr wohl behauptet (KG act. 1 S. 22).

bbb) Einerseits leitete die Vorinstanz aus der gerügten Feststellung nichts ab. Diese wirkte sich mithin nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus. Andererseits ist die Frage der genügenden Substantiierung eine solche des Bundesrechts (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13d zu § 285 mit Verweisungen). Auf diese Rüge kann aus diesen Gründen nicht eingetreten werden.

hh) Zusammenfassend kann mit Ausnahme der Rüge gegen die vorinstanzliche Feststellung, die Weiterführung des Mietterminalgeschäftes hätte zusätzliche Infrastrukturkosten von Fr. 1 Mio. verursacht, deren Bedeutung für das angefochtene Urteil unklar, aber als bloss ergänzende Erwägung wohl nur marginal ist (vorstehend lit. cc), auf die Rügen der Beschwerdeführerin zum Komplex Verkauf des Mietterminalgeschäftes nicht eingetreten werden, hauptsächlich aufgrund der Vorschrift von § 104a Abs. 2 GVG. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin in den Ziffern 39 und 40 der Beschwerde (KG act. 1 S. 23 f.) beruhen auf der Gut-

heissung der Rügen. Weil auf diese nicht eingetreten werden kann, fehlt diesen Ausführungen die Grundlage, was auch ein Eintreten darauf ausschliesst.

7. Am 30.11./1.12.1992 schlossen die Beschwerdeführerin und die A. AG einen Vertrag betreffend Zentrale EFT/POS-Anlaufstelle (im Folgenden: Helpdesk). Darin beauftragte die A. AG die Beschwerdeführerin, Meldungen von Vertragspartnern im Zusammenhang mit Fragen über oder Störungen an EFT/POS-Geräten der A. AG entgegenzunehmen, die Vertragspartner zu beraten, Störungen zu analysieren und zu beheben sowie der A. AG Geräte-defekte mitzuteilen. Die A. AG verpflichtete sich zur Bezahlung von Gebühren dafür. Mit Schreiben vom 24. Juni 1993 kündigte die A. AG den Vertrag auf den 31. Dezember 1993. Am 4. Juli 2000 teilte die Beschwerdeführerin der A. AG mit, dass sie die Dienstleistungen trotz Kündigung des Vertrages im gleichen Umfang weiterhin erbracht habe, ohne diese in Rechnung zu stellen. Nachdem ihr diese Tatsache im März 2000 zur Kenntnis gelangt sei, erlaube sie sich, diese Leistungen der A. AG ab dem 1. März 2000 in Rechnung zu stellen. Der geschuldete Betrag für die Monate März bis Mai 2000 betrage Fr. 93'104.15. Die A. AG bezahlte diese Forderung (KG act. 2 S. 100 f.).

Gemäss vorinstanzlichen Erwägungen hatte die Beschwerdeführerin geltend gemacht, ihr sei für die Jahre 1993 - 1999 dadurch ein Schaden in der Höhe von zwischen Fr. 2.2 Mio. und Fr. 3.1 Mio. entstanden, dass die Dienstleistungen für die A. AG nach deren Vertragskündigung auf Weisung des Beschwerdegegners weiterhin, nunmehr aber unentgeltlich erbracht worden seien. Hätte der Beschwerdegegner - so die Behauptung der Beschwerdeführerin nach den vorinstanzlichen Erwägungen weiter - seine Beteiligung an der A. AG offengelegt, wäre es undenkbar gewesen, dass die Beschwerdeführerin die Leistungen für A.-Kunden ohne Entgelt weiter erbracht hätte, nachdem der Vertrag gekündigt worden sei. Der Beschwerdegegner müsse sich gefallen lassen, dass sie davon ausgehe, die Leistungen wären diesfalls tatsächlich nach den Konditionen des Helpdesk-Vertrages weiter erbracht worden (KG act. 2 S. 101 f.).

a) Die Vorinstanz erwog nach der Darstellung verschiedener Zeugenaussagen (KG act. 2 S. 105 - 108), aufgrund der vorliegenden Akten und der aufgeführ-

ten Zeugenaussagen ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin anfänglich für alle ihre Kunden eine Hotline betrieben habe, ohne eine Entschädigung dafür verlangt zu haben. 1992 habe sie dann allein mit der A. AG mit Wirkung ab 1. Januar 1993 einen entsprechenden Entschädigungsvertrag abgeschlossen. Dieser sei bereits nach einem halben Jahr auf Ende 1993 von der A. AG wieder aufgekündigt worden. Die Beschwerdeführerin habe nie geltend gemacht, der Beschwerdegegner habe in irgend einer Art und Weise bei dieser Kündigung mitgewirkt oder diese veranlasst. Die Beschwerdeführerin habe auch nie geltend gemacht, sie habe gegen die Kündigung remonstriert oder eine Entschädigungsregelung angestrengt. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, dass diese Kündigung von der Beschwerdeführerin ohne weiteres entgegengenommen und akzeptiert worden sei. Die Behauptung, der Beschwerdegegner habe die Weisung erteilt, die Helpdesk-Dienstleistungen auch nach der Kündigung durch die A. AG ohne weitere Entschädigung seitens der A. AG weiterzuführen, habe im Beweisverfahren nicht verifiziert werden können. Vielmehr habe sich ergeben, dass diese Problematik betriebsintern besprochen und beraten worden sei und dass B. die entsprechenden Weisungen erteilt habe. Dafür könne die Beschwerdeführerin nicht den Beschwerdegegner verantwortlich machen. Dieser sei an der Beratung der Weiterführung nicht beteiligt gewesen. H. habe die Begründung für den Weiterführungsentscheid dargelegt: Sie hätten nach der Kündigung des Vertrages den Support herunterfahren wollen. Man habe die Problematik lösen müssen, dass alle Kunden die Telefonnummer vom Helpdesk überall notiert gehabt hätten. Überall habe es Kleber gehabt. Man habe gesagt, die Dienstleistung sei immer noch im Aufbau. Es seien also - so die Vorinstanz - sachliche Gründe gewesen, welche die Weiterführung des Helpdesks aufgedrängt hätten. Diese hätten unabhängig vom Aktienbesitz des Beschwerdegegners bestanden und hätten auch nicht durch eine Offenlegung seines Aktienbesitzes beseitigt werden können. Die Beschwerdeführerin habe erst nach abgeschlossenem Behauptungsverfahren behauptet, wenn der Beschwerdegegner seine Beteiligung an der A. AG offengelegt hätte, wäre es undenkbar gewesen, dass die Beschwerdeführerin die Leistungen für A.-Kunden ohne Entgelt weiter erbracht hätte; der Beschwerdegegner müsse sich gefallen lassen, dass sie davon ausgehe, die Leistungen

wären diesfalls tatsächlich nach den Konditionen des Help-Desk-Vertrages weiter erbracht worden. Dabei handle es sich um unzulässige Noven. Darauf könne nicht weiter eingetreten werden. Dem Beschwerdegegner könne im Zusammenhang mit der Helpdeskangelegenheit kein treu- oder pflichtwidriges Verhalten der Beschwerdeführerin gegenüber angelastet werden (KG act. 2 S. 109 - 111).

b) Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz habe (wie bereits das Arbeitsgericht) die Verhandlungsmaxime verletzt mit der Schlussfolgerung, die (unentgeltliche) Weiterführung des Helpdesks auch für die A. AG sei im übergelagerten Interesse der Beschwerdeführerin gelegen. Der Beschwerdegegner habe weder das behauptet noch, dass die Einstellung dieser Dienstleistung nach der Vertragskündigung nicht möglich gewesen wäre. Er habe im Gegenteil behauptet, die A. AG habe selbst ein Helpdesk aufgebaut, er habe bestritten, dass die Beschwerdeführerin für die A. AG nach der Vertragskündigung gratis Leistungen erbracht habe, seine Behauptungen hätten demnach beinhaltet, dass es die A. AG gar nicht mehr nötig gehabt habe, von der Beschwerdeführerin Helpdesk-Leistungen zu beziehen (KG act. 1 S. 27 Ziff. 45).

c) Zwar war nach der Darstellung der Beschwerdeführerin selber das Arbeitsgericht bereits im Urteil vom 2. Juli 2004 davon ausgegangen, dass es im Interesse der Beschwerdeführerin gelegen sei, das Helpdesk bzw. die entsprechenden Dienstleistungen für die A. AG nach deren Vertragskündigung weiterzuführen (KG act. 1 S. 26 Ziff. 44 mit Verweisung auf AG act. 114 S. 12 f.). Im vorinstanzlichen Rückweisungsbeschluss vom 16. Juni 2005 findet sich aber keine solche Erwägung (vgl. OG act. 141 S. 59 f.). Die Vorinstanz selber stellte erstmals im angefochtenen Urteil vom 7. November 2008 unter Hinweis auf Zeugenaussagen von H. fest, dass sachliche Gründe die Weiterführung des Helpdesks (gemeint: nach der Kündigung seitens der A. AG) aufgedrängt hätten. Diese Feststellung konnte die Beschwerdeführerin mit ihrer ersten Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Rückweisungsbeschluss nicht rügen. Unter dem Aspekt von § 104a Abs. 2 GVG ist deshalb die heutige Rüge zulässig.

d) Tatsächlich ergibt sich weder aus der vorinstanzlichen Darstellung der Parteistandpunkte (KG act. 2 S. 101 - 105) noch aus den Vorbringen des Beschwerdegegners (Klagebegründung AG act. 1, Replik/Widerklageantwort AG act. 14, Widerklageduplik AG Prot. S. 15 - 19, Stellungnahmen zum Beweisergebnis AG act. 110 und act. 178, Berufungsantwort vom 19.11.2004 OG act. 127, Berufungsduplik vom 18. März 2005 OG act. 136, Berufungsantwort vom 30.5.2008 OG act. 193, Berufungsduplik vom 26.8.2008 OG act. 197, OG act. 182 = Prot. S. 12 - 16) eine Behauptung, die Helpdesk-Dienstleistungen seien durch die Beschwerdeführerin für die A. AG (bzw. Kunden der A. AG) nach der Vertragskündigung der A. AG deswegen weitergeführt worden (und zwar unentgeltlich), weil man die Problematik habe lösen müssen, dass alle Kunden die Telefonnummer des Helpdesks (der Beschwerdeführerin) überall notiert gehabt hätten, es überall Kleber gehabt habe, sie (offenbar gemeint: die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin) irgendwann noch Kleber mit ihrer Nummer verteilt hätten, man (gemeint: bei der Beschwerdeführerin) gesagt habe, die Dienstleistung sei immer noch im Aufbau, es also sachliche Gründe gewesen seien, welche die (unentgeltliche) Weiterführung des Helpdesks (auch nach der Vertragskündigung der A. AG) aufgedrängt hätten. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend geltend macht, hatte der Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang vielmehr behauptet, die A. AG habe anschliessend an die Kündigung auf eigene Rechnung ein eigenes Helpdesk aufgebaut. Der Beschwerdegegner bestreitet, dass die Beschwerdeführerin weiterhin Leistungen für die A. AG gratis erbracht habe. Richtig sei, dass auch die Beschwerdeführerin ein Helpdesk geführt habe, aber nicht für die A. AG. Diese habe ja selber ein Helpdesk aufgebaut (AG act. 14 S. 18 f., AG Prot. S. 18, OG act. 127 S. 21 f., OG act. 193 S. 20).

e) Das Gericht legt seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde (Verhandlungsmaxime; § 54 Abs. 1 ZPO). Zwar darf unter Umständen abweichend von der Verhandlungsmaxime auch auf nicht behauptete, aber durch das Beweisverfahren erwiesene Tatsachen abgestellt werden (ZR 104 [2005] Nr. 80 Erw. II.2.3.2.a mit zahlreichen Hinweisen). Verschiedentlich wird in der Rechtsprechung und Literatur aber für eine solche Abweichung von der Verhand-

lungsmaxime vorausgesetzt, dass die nicht behaupteten, aber durch das Beweisverfahren erwiesenen Tatsachen, auf welche abgestellt werden soll, "Merkmale des streitigen und zu beweisenden Sachverhalts darstellen" (ZR 103 [2004] Nr. 77 Erw. III.2; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 54; Walder/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Zürich 2009, S. 207 § 17 Rz 11 lit. e) bzw. den behaupteten Tatsachen "gleichwertig" zu sein haben (ZR 97 [1998] Nr. 87 Erw. II.3.c, RB 1974 Nr. 17). Ein Autor scheint bei Fehlen anderer gesetzlicher Bestimmungen eine nachträgliche Behauptung von Beweisergebnissen durch die behauptungsbelastete Partei als erforderlich zu erachten (Christoph Leuenberger, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, in: Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 313 ff., S. 322 f.).

f) Im vorliegenden Fall hätte der Beschwerdegegner genügend Gelegenheit und Anlass gehabt, entsprechend der Zeugenaussage von H. vom 28.2.2002 (AG Prot. S. 106 ff.) geltend zu machen und in seine Sachdarstellung zu übernehmen, dass das Helpdesk nach der Kündigung des entsprechenden Vertrags durch die A. AG auch für diese deshalb (unentgeltlich) weitergeführt worden sei, weil man die Problematik habe lösen müssen, dass alle Kunden die Telefonnummer vom Helpdesk notiert gehabt hätten, es überall Kleber mit der Nummer des Helpdesks gehabt habe, man gesagt habe, die Dienstleistung sei immer noch im Aufbau, sich die Weiterführung des Helpdesks deshalb aus sachlichen Gründen aufgedrängt habe. Die Vorinstanz verwies für diese Feststellungen auf die Zeugenaussage von H. vom 28. Februar 2002 (AG Prot. S. 106). Der Beschwerdegegner hätte dies in seinen Stellungnahmen zum Beweisergebnis vom 2. Juni 2003 (AG act. 110) und vom 2. November 2007 (AG act. 178) und insbesondere in seinen Berufungsantwort- und Dupliktschriften auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Helpdesk in deren Berufungsschriften behaupten können. Er tat dies aber nicht, sondern blieb bei seinen Behauptungen, dass die Beschwerdeführerin das Helpdesk gar nicht für die A. AG weitergeführt und für diese keine unentgeltlichen Dienstleistungen erbracht, sondern die A. AG selber ein Helpdesk aufgebaut habe. Damit trug der Beschwerdegegner die durch den Zeugen H. dargelegten Tatsachen in qualifizierter Weise nicht vor. Die Vorinstanz verletzte unter

diesen Umständen die Verhandlungsmaxime, indem sie trotzdem auf diese qualifiziert nicht behaupteten Tatsachen abstellte.

g) Die Vorinstanz stützte im angefochtenen Urteil vom 7. November 2008 ihre Schlussfolgerung, dass es am Resultat nach dem hypothetischen Kausalverlauf nichts geändert hätte, wenn die Teilnehmer an der Beratung (Sitzung bezüglich des Weiterführungsentscheides; KG act. 2 S. 109 unten) davon Kenntnis gehabt hätten, dass der Beschwerdegegner als Aktionär an der A. AG beteiligt war, auf die mit diesem Nichtigkeitsgrund behafteten Feststellungen (KG act. 2 S. 110). Das angefochtene Urteil beruht darauf. Es muss aus diesem Grund aufgehoben werden.

h) Als willkürlich beanstandet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Feststellung, der Beschwerdegegner habe keine Kenntnis von der Weiterführung der Helpdesk-Dienstleistungen für die A. AG nach der Vertragskündigung gehabt und hätte daher nicht intervenieren können (KG act. 1 S. 28).

aa) Im vorinstanzlichen Rückweisungsbeschluss vom 16. Juni 2005 findet sich keine Feststellung, dass der Beschwerdegegner keine Kenntnis von der Weiterführung des Helpdesks bzw. vom Weiterführungsentscheid von B. gehabt habe (vgl. OG act. 141 S. 59 f.), hingegen im nunmehr angefochtenen Urteil (KG act. 2 S. 110). Unter dem Aspekt von § 104a Abs. 2 GVG ist diese Rüge zulässig.

bb) Die Vorinstanz erwog, H. habe als Zeuge erklärt, er würde sagen, er habe sicher den Beschwerdegegner informiert, dass (der Helpdesk-Vertrag) gekündigt worden sei. Dass H. den Beschwerdegegner auch über "den Weiterführungsentscheid von B." (vgl. vorstehend Erw. 7.a) informiert hätte, könne dieser Aussage nicht entnommen werden. Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Beschwerdegegner keine Kenntnis von der fraglichen Sitzung und dem Weiterführungsentscheid von B. gehabt habe, weshalb von ihm auch nicht verlangt werden können, dass er dagegen interveniert hätte (KG act. 2 S. 110).

cc) Die Beschwerdeführerin wendet ein, der Zeuge H. habe die Frage, ob er mit seinem Vorgesetzten, dem Beschwerdegegner, über die A.-Dienstleistungen

gesprächen habe, mit einem klaren "Klar" geantwortet. Die Idee der sukzessiven Überführung des Helpdesk in eine von den Herstellern bezahlte Dienstleistung habe strategische Dimension gehabt und die Geschäftspolitik betroffen. Dafür sei der Beschwerdegegner verantwortlich gewesen. In diesem Zusammenhang sei der Helpdesk-Vertrag mit der A. AG ein erster wichtiger Umsetzungsschritt gewesen. Vor diesem Hintergrund sei es aufgrund der Zeugenaussage von H. selbstverständlich und nicht ernsthaft zu bezweifeln, dass der Beschwerdegegner von der Kündigung des Helpdesk-Vertrags und auch davon gewusst habe, dass die Leistungen trotzdem weitergeführt würden, wenn nicht Massnahmen zu deren Einstellung ergriffen würden. Die Kündigung sei ein grosser Rückschlag für die formulierte Strategie gewesen, die Hersteller für das Helpdesk zur Kasse zu bitten. Unter diesen Umständen anzunehmen, der Beschwerdegegner habe nicht davon gewusst, dass die Helpdesk-Leistungen für die A. AG nach der Vertragskündigung weiterhin erbracht worden seien, und er habe daher auch nicht intervenieren können, sei unhaltbar (KG act. 1 S. 28 f.).

dd) Die Beschwerdeführerin zieht ihre Schlussfolgerung aus der Behauptung eines strategischen Entscheides der sukzessiven Überführung des Helpdesk in eine von den Herstellern bezahlte Dienstleistung, für welche Strategie der Beschwerdegegner zuständig gewesen sei. Die Beschwerdeführerin zeigt indes nicht auf, wo sie bereits vor den Vorinstanzen eine solche strategische Dimension mit der Zuständigkeit des Beschwerdegegners dafür behauptet hätte. Davon kann deshalb nicht ausgegangen werden (vgl. vorstehend Erw. 2.a). Die Rüge geht fehl.

i) Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Helpdesk eine Verletzung von § 114 ZPO durch folgende vorinstanzliche Erwägung:

Die Beschwerdeführerin habe behauptet, hätte der Beschwerdegegner seine Beteiligung an der A. AG offengelegt, wäre es undenkbar gewesen, dass die Beschwerdeführerin die Leistungen für A.-Kunden ohne Entgelt weiter erbracht hätte, nachdem der Vertrag gekündigt worden sei; der Beschwerdegegner müsse sich gefallen lassen, dass die Beschwerdeführerin davon ausgehe, die Leistungen

wären diesfalls tatsächlich nach den Konditionen des Help-Desks-Vertrags weiter erbracht worden. Die Vorinstanz erwog dazu, diese Behauptung habe die Beschwerdeführerin erst nach abgeschlossenem Behauptungsverfahren vorgebracht. Es handle sich dabei um ein unzulässiges Novum. Darauf könne nicht weiter eingetreten werden (KG act. 2 S. 111 lit. f).

a) Unter dem Aspekt von § 104a Abs. 2 GVG ist diese Rüge gegen diese neue, im Rückweisungsbeschluss vom 16. Juni 2005 noch nicht enthaltene vorinstanzliche Erwägung ohne Weiteres zulässig.

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die von der Vorinstanz erwähnte Behauptung sei keine solche tatsächlicher Natur, sondern eine rechtliche Würdigung des Beweisergebnisses vor Arbeitsgericht. Es gehe um einen für den Beschwerdegegner ungünstigen Verlauf der hypothetischen Kausalität, den er sich wegen seiner groben Treu- und Pflichtwidrigkeit entgegenhalten lassen müsse. Handle es sich demgegenüber doch um eine Tatsachenbehauptung, sei diese durch die Behauptungen vor Arbeitsgericht gedeckt. Dort sei behauptet worden, dass die Beschwerdeführerin dadurch geschädigt worden sei, dass die Helpdesk-Leistungen nach Kündigung des Vertrages auf Weisung des Beschwerdegegners weiterhin erbracht worden seien. Das impliziere, dass die Leistungen nicht oder nicht unentgeltlich erbracht worden wären, wenn sich der Beschwerdegegner rechtmässig verhalten hätte, wozu die Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse um die A. AG ebenso gehöre wie der Einsatz aller Möglichkeiten zur Durchsetzung der Interessen der Arbeitgeberin an der Strategie der Ertragsgenerierung aus den Helpdesk-Leistungen durch Abschluss und Durchsetzung von Verträgen mit den Herstellern (KG act. 1 S. 29 f.).

c) Die Behauptung, die Beschwerdeführerin hätte bei Kenntnis der Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG die Leistungen für A.-Kunden nicht ohne Entgelt weiter erbracht, nachdem der Vertrag gekündigt worden ist, ist eine Tatsachenbehauptung im Sinne von § 114 ZPO und nicht eine rechtliche Würdigung des Beweisergebnisses (vgl. zu hypothetischen Entwicklungen als Tatfragen etwa BGE 133 V 477, 485 Erw. 6.1; 133 V 504, 507 Erw. 3.2; 132 V 393, 399 Erw. 3.3; 128 III 4, 7 Erw. 4.c.bb). Ob deswegen davon auszugehen ist, die

Leistungen wären bei Offenlegung der Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG tatsächlich nach den Konditionen des Help-Desk-Vertrages weiter erbracht worden, ist zwar als solche eine Rechtsfrage. Diese stellte sich indes nur, wenn die tatsächliche Frage zu bejahen wäre. Ist diese tatsächliche Frage gar nicht zu prüfen, weil sie verspätet vorgebracht wurde, ist die Rechtsfrage obsolet.

d) Die tatsächliche Behauptung, die Beschwerdeführerin hätte die Leistungen für A.-Kunden nach der Vertragskündigung bei Offenlegung der Beteiligung des Beschwerdegegners nicht ohne Entgelt weiter erbracht, ist nicht in den von der Beschwerdeführerin zitierten Behauptungen im Hauptverfahren vor Arbeitsgericht (KG act. 1 S. 25 f. Ziff. 42) enthalten. Die Darstellung in AG act. 8/2 S. 18 f. beinhaltet im Wesentlichen die Behauptung, der Schaden sei dadurch entstanden, dass die Beschwerdeführerin die Leistungen nach der Vertragskündigung auf Weisungen des Beschwerdegegners weiterhin gratis erbracht habe. Nicht mehr ergibt sich diesbezüglich aus AG act. 18/1 ("Gutachten Schwalbe"), der Widerklagereplik (AG Prot. S. 8 ff.) und den Eingaben der Beschwerdeführerin an das Arbeitsgericht vom 15. Februar 2001 (AG act. 16) und vom 31. Mai 2001 (AG act. 27). Von einem Verhalten der Beschwerdeführerin bei einer Offenlegung der Beteiligung des Beschwerdegegners an der A. AG war dabei nicht die Rede, und das ist auch nicht in den zitierten Behauptungen implizit enthalten. Diese Rüge geht fehl.

8. Der Beschwerdegegner hatte gegen das arbeitsgerichtliche Urteil vom 5. Februar 2008 beim Obergericht einen Rekurs eingereicht mit dem Antrag, die ihm vom Arbeitsgericht zugesprochene Prozessentschädigung von Fr. 200'000.-- (OG act. 183 S. 36 Ziff. 7) auf Fr. 314'633.-- zuzüglich 7.6 % MwSt = auf total auf Fr. 338'545.10 zu erhöhen (OG act. 189/2). Das Obergericht vereinigte dieses Rekursverfahren mit dem Berufungsverfahren und schrieb das Rekursverfahren als dadurch erledigt ab (OG act. 189/10). Im angefochtenen Urteil vom 7. November 2008 gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass das arbeitsgerichtliche Urteil zu bestätigen sei. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werde die Beschwerdeführerin bezüglich des ersten Berufungsverfahrens, der beiden vorinstanzlichen

Verfahren, des zweiten Berufungs- und des Rekursverfahrens kostenpflichtig (KG act. 2 S. 124). Da sich die Berechnung der Prozessentschädigung des Beschwerdegegners (in seinem Rekurs) im Rahmen der Gebührenverordnung bewege und die Beschwerdeführerin dagegen keine Einwendungen erhoben habe, sei diese zu verpflichten, jenem für das erste Berufungsverfahren und die beiden erstinstanzlichen Verfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 314'633.-- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen (KG act. 2 S. 125 lit. d). Sodann sei sie zu verpflichten, dem Beschwerdegegner auch für das zweite Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen (KG act. 2 S. 125 Erw. 3). Mit ihrem Entscheid auferlegte die Vorinstanz die Kosten für das Berufungs- und Rekursverfahren der Beschwerdeführerin und verpflichtete sie, dem Beschwerdegegner "für das Berufungs- und Rekursverfahren" eine Prozessentschädigung von Fr. 40'000.-- zuzüglich Fr. 3'040.-- MwSt zu bezahlen (KG act. 2 S. 126 Ziff. 7 und 8).

a) Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe auf eine Rekursantwort verzichtet. Die Vorinstanz habe ihr deshalb zu Unrecht die Kosten des Rekursverfahrens auferlegt und dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung für dieses zugesprochen. Damit habe die Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt (KG act. 1 S. 32 lit. E).

b) Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen (kantonales) materielles Recht dar (vgl. statt vieler Kass.-Nr. AA070131 vom 24.7.2008 Erw. II.2. mit Verweisung auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281, und auf Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144) und sind nicht Verfahrensgrundsätze i.S. von § 281 Ziff. 1 ZPO. Eine unzutreffende Subsumtion des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes schadet jedoch der Beschwerdeführerin nicht. Die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO ist Aufgabe des Gerichts (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288). Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unter dem Aspekt der Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO zu prüfen.

c) Die Gerichtskosten sind in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (§ 64 Abs. 2 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 64), und zwar unter Berücksichtigung der Rechtsmittelanträge (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 23 zu § 64). Die Beschwerdeführerin hatte im Rekursverfahren explizit auf die Stellung von Anträgen und auf eine Rekursantwort verzichtet (OG act. 189/9). Sie war deshalb im Rekursverfahren nicht unterliegende Partei. Die Vorinstanz begründete nicht, weshalb sie der Beschwerdeführerin trotzdem die Kosten auch des Rekursverfahrens auferlegte. Insbesondere erklärte die Vorinstanz nicht, dass ein Ausnahmefall im Sinne von § 64 Abs. 3 ZPO vorliege und deshalb von der Regel abzuweichen sei. Die Auferlegung auch der Kosten des Rekursverfahrens auf die Beschwerdeführerin verletzt unter diesen Umständen klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO und darf von der Vorinstanz im neu zu fällenden Entscheid ohne spezielle Begründung nicht mehr vorgenommen werden.

d) Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für die Prozesskosten zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO). Werden einer Partei keine Kosten auferlegt, hat sie deshalb in der Regel auch der Gegenpartei keine Prozessentschädigung zu bezahlen. Es ist indes zweifelhaft, ob in der vorinstanzlich festgesetzten Prozessentschädigung von Fr. 40'000.-- "für das Berufungs- und Rekursverfahren" gemäss Dispositiv Ziffer 8 des angefochtenen Urteils tatsächlich eine Prozessentschädigung für das Rekursverfahren enthalten ist. In der Begründung erwog die Vorinstanz nur, dass die Beschwerdeführerin zu verpflichten sei, dem Beschwerdegegner für das zweite Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Von einer Prozessentschädigung für das Rekursverfahren erwähnte die Vorinstanz dabei - im Gegensatz zum Dispositiv - nichts. Die Prozessentschädigung von Fr. 40'000.- stimmt beim Streitwert von über Fr. 10 Mio. (KG act. 2 S. 124 Erw. V.1) auch dann ohne weiteres mit der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) überein (§ 3 Abs. 1, § 6 und § 12 Abs. 1 AnwGebV), wenn sie ausschliesslich für das Berufungsverfahren bemessen ist. Beim neuen Urteil wird die Vorinstanz speziell vermerken, wenn die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner für

das Rekursverfahren eine über eine allfällige Entschädigung für das Berufungsverfahren hinausgehende Prozessentschädigung zu bezahlen hätte.

9. Zusammenfassend beruht das angefochtene Urteil beim Sachverhalt "Helpdesk-Leistungen" auf der unzulässigen Feststellung, die Weiterführung der Helpdesk-Leistungen auch für A.-Kunden habe sich der Beschwerdeführerin nach der Vertragskündigung durch die A, AG aus sachlichen Gründen in ihrem (der Beschwerdeführerin) Interesse aufgedrängt. Das angefochtene Urteil muss aus diesem Grund aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Bei dieser neuen Entscheidung wird die Vorinstanz auch nicht von den bisherigen auf S. 78 dritter Absatz bis S. 79 lit. g des Urteils enthaltenen Erwägungen ausgehen dürfen (vorstehend Erw. 5.g). Ferner wird die Vorinstanz im neuen Urteil erläutern müssen, woraus sich ergebe, dass die Weiterführung des Mietterminalgeschäfts durch die Beschwerdeführerin zusätzliche Infrastrukturen bedingt und Kosten in der Höhe von ca. Fr. 1 Mio. verursacht hätte, oder sie wird von einer solchen Feststellung absehen müssen (vorstehend Erw. 6.b.cc). Sodann wird die Vorinstanz der Beschwerdeführerin keine Kosten für das Rekursverfahren (OG act. 189) auferlegen und sie nicht zu einer Prozessentschädigung an den Beschwerdegegner für dieses Rekursverfahren verpflichten dürfen.

In den übrigen Bereichen geht die Nichtigkeitsbeschwerde fehl, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

III.

Mit der Gutheissung ihrer Beschwerde obsiegt die Beschwerdeführerin. Sie wird deshalb nicht kostenpflichtig. Der Beschwerdegegner verzichtete auf eine Beschwerdeantwort, stellte im Beschwerdeverfahren keine Anträge und identifizierte sich nicht ersichtlich mit der vorinstanzlichen Erwägung, welche zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des angefochtenen Urteils führt. Er ist deshalb auch nicht unterliegende Partei, und auch er wird nicht kostenpflichtig. Vielmehr sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu

nehmen. Prozessentschädigungen sind unter diesen Umständen keine zuzusprechen.

IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. November 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 10'635'947.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage des Doppels von KG act. 11, an das Obergericht des Kantons

Zürich (Proz.-Nr. LA080006) sowie an das Arbeitsgericht Zürich (Proz.-Nr. AN050600), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der jur. Sekretär: